

2022年1月

日本の「平和憲法」

立憲主義の見地からの一考察

青井未帆

学習院大学法科大学院教授

1. はじめに

日本の憲法はしばしば「平和憲法」と呼ばれる。あたかも、戦争放棄を定める憲法9条が全てであるかのように。憲法9条は、間違いなく、日本において最も有名な条項であろう。表現の自由が保障されていることを知らなくとも（憲法21条）、憲法9条のことは知っている人は多い。

憲法9条は次のように謳っている。

第1項 日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。

第2項 前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。

本条項は、戦後政治、そして戦後文化における焦点であった。平和主義のシンボルとして、多くの国民から世代を超えて愛されたといえる。

しかし多くの国民は、他方において、明らかに9条の理想とは矛盾する別の事実をも受け入れてきた。すなわち、巨大な駐留米軍と日本の自衛隊という存在である。

この矛盾した現状を理解するために、9条に関わる二つの側面を区別するべきと考える。第一に、平和主義という価値へのコミットメントと、第二に、国家から軍事権力を奪取したという側面

である。前者は、しばしば一般に語られるものではあるが、憲法学徒として後者に注目したいと思う。

立憲主義の見地からするに、憲法9条は軍事に権限を配分しないという権力抑制の条項である。国家安全保障政策に関わる諸々の戦後実践は、上記の憲法的禁止事項を実現しようとした苦闘として理解することができよう。その結果として、9条は「軍事」権力の抑制に貢献してきたものといえる。

本稿の構成は以下のとおりである。

まず、日本における軍事権力を簡単に振り返る。いかに軍事と通常政治の間の関係が始まり、いかに明治憲法が軍事権力を一般政治の下に統制することに失敗したのかを素描する。

次に、現行憲法のもとで、理屈の上での一貫性を確保する努力がなされてきたことに注目する。政府解釈は自衛隊を「軍隊」としては説明してきていない。というのも、憲法が軍隊を禁じているからである。政府の説明は些か技術的であり、わかりにくいものではある。このために自衛隊は大きな政治的緊張を国民の間にもたらしたのであり、自衛隊の合憲性は、90年代半ばまで、大きな政治的争点でありつづけた。

しかしながら、同時に、この歴史は、権力に対する憲法9条の限定付けを法的に具現化する試みであったとも理解しうる。

最後に、2014年に行われた解釈変更のインパクトについて考察する。これは、それまで政府自身によって違憲とされてきた集団的自衛権の行使容認に踏み込むものであった。これを踏まえ、9条の未来について最後に若干の検討を加える。

2. 日本における軍事制度の歴史

近代日本は2つの憲法を経験している。一つが明治憲法(大日本帝国憲法[1889-1947])であり、もう一つが現行憲法(日本国憲法[1947])である。

現在の日本の国家制度は、明治憲法下での実践に照らすともっともよく理解できる。あるものは過去の否定であり、あるものは過去の連続であるためである。そして、憲法9条は前者の典型である。

したがって、日本における自衛隊のいささか風変わりな法的地位を説明するには、背景にある明治維新(歴代将軍から天皇が実際の政治権力を奪取した政治的できごと)の頃からの歴史を振り返るのが最善なのである。

A. 統帥権の独立

興味深い差異を、中世から近代にかけてのヨーロッパの王室と日本の皇室との間に見つけることができる。すなわち、ヨーロッパの国王と異なり、日本の天皇は自身の軍事権力を、明治期における帝国軍隊創設まで持っていなかったのである。明治維新は天皇自身の軍事権力を背景に行われたのではない。徳川幕府は江戸城を1868年に無血開城した。日本は近代統治システムを中核となる軍事力なしにスタートさせたのであった。

明治維新ののち、天皇及び政府は交戦的な旧幕藩(実際のところこれが明治維新を可能にした力であったのだが)を抑え込むために軍事権力を創設することとなる。

天皇は、明治憲法に先立っていくつか政治的な制度を創設した。最も重要なものとして、統帥

権の独立があげられる。統帥権は天皇の大権である。いったん統帥事項とされたなら、通常の政治では扱うことができないものとされたのであった。

これまで統帥権の独立は、府が軍部の独走をとめることができなかった主たる要因としてみなされてきている。明治憲法は統帥権の独立を所与のできごととして理解していたのであり、憲法学者もこれを「法よりも前」にあることとして扱った。

しかし、振り返ってみるに統帥権の独立は、軍事力行使に携わっていた人々が無責任に行動することを可能にし、明治憲法体制を不安定化することにつながってしまったといえる。

B. 明治憲法

1889年、天皇は自らの統治権に対する自己拘束の結果として明治憲法を制定し、臣民にこれを与えた。

オランダやフランスの憲法が翻訳され検討されたが、最終的にプロイセン憲法がモデルとして選ばれた。為政者にとって憲法制定とは、皇族の神権性と天皇が統治権の総覧者であることを明らかにするためのものであった。プロイセンは君主権力が強い一方で市民の力が弱く(ブルジョワ革命が起こせなかった)、日本にとって最適のモデルであった。

明治憲法はドイツ人法学者であるヘルマン・ロエスエルの力を借りて準備された。ロエスエルは1850年のプロイセン憲法よりも保守的な明治憲法草案を精力的に擁護した。

明治憲法体制下において、軍事にかかわる多くの権力が天皇の手中に置かれていた。そして憲法の下で複雑な軍制が作られ、法システムのあらゆる部分に影響を与えていた。さらに、軍事に関わる社会システムも存在し、それらは総力戦を戦うための資本として国民を動員するものであった。

結局のところ、天皇も誰も、軍事権力を統制することに成功しなかった。明治憲法は権力間の適切なバランスを維持するための十分な強健さを持ち合わせてはいなかったのである。

この失敗がもたらした帰結は、周知の通り悲惨なものであった。多くの人が殺され、傷つき、財産を失った。日本軍の侵略に端を発するアジア太平洋地域における2000万人の死は、このような過ちが二度と繰り返されることを、決して許すものではない。

以上が戦後日本の出発点であり、決して忘れてはならない、将来の方向を決する地点であり続ける。この意味において、人々がこの憲法を「平和憲法」と呼ぶことは絶対的に正しい。終戦後、約75年がたち、人々の記憶が風化しつつあるとはいえ、明治憲法が権力統制に失敗したという事実は、法制度に深く刻み込まれ続けている。

3. 現行憲法の下での防衛法

A. 憲法9条

日本国憲法9条は、(a) 戦争を放棄し、(b) 戦力不保持を謳い、(c) 交戦権の否認を定めている。歴史的に言えば、(a) は諸国の憲法をみるにこれまでも謳われてき例がある。しかし、(b) (c) は極めて新しい試みであった。

立憲主義の観点からするに、憲法9条は全ての軍事的制度から正統性を剥奪するものである。それは軍事力にかかわる国家安全保障法制の合憲性を疑う理由となった。

また、権力を無にするという憲法的な決定のゆえに、他の関連する軍事的な諸制度も廃止されることになった。そして、9条は日本の文化を交戦的なものから平和的なものへとゆっくりと変更させていった。

憲法の源流としては、GHQが現行憲法の草案を書いたことはよく知られている。

9条についていえば、マッカーサー元帥が当時の幣原首相と平和主義について思いを同じくしていたと理解されている。

B. 軍事力の「例外的」使用に関する政府の論理

第二次大戦後の1947年、日本は自身の軍事力をもたずに、占領軍に安全保障を委ねて再出

発することとなった。

もっとも、国際状況の変化がすぐに占領方針の変更へとつながることとなる。1950年に朝鮮戦争が始まり、マッカーサー元帥が警察予備隊(定員75000人)の創設を命じた。これは警察組織として説明されたのだが、興味深いことに実際のところ、その法的な枠組みは警察と似たものであった。警察予備隊は1952年に保安隊へと改組し、1954年に自衛隊が発足する。

政府は自衛隊の合憲性について込み入った説明をしてきている。こうである。

憲法は戦争を放棄しているが、日本は自国防衛の「自然権」を依然として有している。この目的を達するに必要最小限度の実力は、憲法の禁ずる「戦力」には当たらない。

ここにおけるポイントは、憲法のもとで許される「例外的な」実力の行使があるという想定がなされているところにある。

「例外的な」実力の行使と呼べるのは、「例外的」な場合が明らかにされうる限りである。そうでなければ、憲法的な禁止が意味をなさなくなるからである。

政府は2014年までは、ある種、明確な範疇を提示していた。すなわち、他国からの武力攻撃があった場合、とするものである。

これがなぜ明確な例外たりえるかといえば、誰もが武力攻撃が日本になされたかどうか分かるだろうからである。

また、上記が、実力の行使の例外性に関わる「唯一の」可能な説明であったため、コロラリーとして、集団的自衛権の行使が違憲と理解されたのであった。日本は、国際法レベルで集団的自衛権を保持してはいるが、国内法レベルでそれを用いないという判断をしたのである。

上記の解釈は、自衛隊の設立後ほどなくから2014年という長きに亘り維持されてきていた。そして政府は、もし集団的自衛権行使が必要となる場合には憲法9条を改憲する必要があるとしてい

たものである。

C. 防衛法: 基本的な構造

自衛隊の一挙手一投足に特定の立法が必要とされてきた。そして、ほぼすべての立法は、合憲性が疑問視され、とくに政治の世界で論争を呼んできた。それらが論争的な問題であったがゆえに、国会で活発な議論がなされることとなり、政府解釈を精緻化する原因となった。

結果として、自衛隊創設以来の何十年かの間に、防衛法(「軍法」ではない)は極めて複雑な体系へと展開したのであった。

特筆すべきことに、2014年に解釈変更があったとはいえ、政府は長年維持されてきた憲法9条解釈の基本構造に合致するものとして、この変更を提示しようとしたのであった。

D. 特徴的な点

これまで見てきたように、日本政府は憲法9条の下での基本的な論理を「軍事の否定」として理解してきた。したがって、自衛隊を憲法の禁じる軍隊とは異なるものと位置づけることが必須だったのである。創設以来、制度設計にかかわってきた者は、軍隊とはことなるものとするに細やかな神経を使ってきた。

防衛法の構造からは、以上の論理が働いていることをみとることができる。

たとえば、9条が憲法的に軍事力を無にしたため、自衛隊は通常の行政組織として説明されざるをえなかった。防衛省に完全に組み込まれているのである。制服組のトップ(アメリカにいうCJCS)は、防衛省の内部に位置付けられており、最高指揮権者である首相を直接補佐する法的権限を有しない。

また、憲法9条の影響は、防衛法以外にも及んでいる。多くの例があるが、ここでは3つ挙げたいと思う。

第一に、明治憲法の下での土地収用法には、軍事目的での特別な土地収用に関する条項があった。しかしながら、現行憲法の下で、当該条

項は削除されている。かかる「軍事目的」での土地収用はもはや存在しないという理由による。

第二に、2013年になるまで「軍事」秘密漏洩を処罰する立法が存在しなかった(2013年の特定秘密保護法は特定秘密である防衛秘密の漏洩について扱っている)。

第三に、港湾管理は明治憲法体制の下で国家的事項であったが、現行憲法の下では地方公共団体に当該権限は委譲されている。こちらについても、日本のような島国では軍事行動が取られる際に、港湾は極めて重要な役割を果たすところ、もはやそのような事案はないであろうからという理由による。

E. 誰が一貫性を保持してきたか?

一般論としていえば、国家安全保障政策に関連する国家の行為の憲法適合性を裁判所が判断することは容易ではない。

第一に、訴訟を裁判所に提起することが容易ではない。憲法81条によって裁判所に与えられた司法審査権は、アメリカ型の付随審査制と理解されてきている。したがって、もし事件性要件がクリアされなければ、裁判所は基本的に合憲性判断はしない。

第二に、もしかかる入り口の問題がクリアされたとしても、司法府はこのような高度に政治的な論点を回避する傾向がある。民主的正統性の欠如という理由がその理由の一つである。

したがって、国家安全保障政策の合憲性は、主として政府部内においてチェックされてきた。これにおいて重要な機能を果たしてきた機関として、内閣法制局が挙げられる。内閣法制局は法律面で内閣を直接補佐する機関であり、行政部の組織の一つである。

内閣法制局は、明治初期からの長い伝統を有している。実際のところ、内閣法制局の起源は、明治憲法よりも前に遡ることができる。行政部内に位置しながらも、内閣法制局は人事において比較的独立性の高い扱いを受けてきた。すなわち、内閣法制局次長経験者が次期長官になるというも

のである。もっとも、これには例外が一つあり、これについては次節に述べる。

内閣法制局は日本の法的に一貫性を維持するに働きが大であったと理解されている。内閣提出法案のすべてについて、その憲法適合性、合法性、そして法制度内における「相場」を事前に審査している。

したがって、内閣法制局が事前に審査した制定法は合憲であるという暗黙のルールがあるのである。これが司法部が違憲判決を下さない理由の一つとして時に挙げられている。

もっとも、2014年の解釈変更は内閣法制局内部で維持されてきた論理を破壊した。安保政策に関して一貫性を保つ主要な役割を果たしてきた内閣法制局ではあるが、もはやこれまでと同様の役割は果たしていないようにみえる。

4. 2014年、その結果、そして将来

A. 2014年の解釈変更

2013年から2015年にかけての時期が、日本流の平和主義にとって決定的な意義を持つこととなった。

2013年、安倍政権が突如、内閣法制局長官の首を切り、第一次安倍政権下で集団的自衛権行使容認のために官僚として奔走した人物で当時の駐仏大使を長官の座に据えた。

内閣法制局は、政権が9条解釈を変更して集団的自衛権行使容認をするという考えに反対をしてきていたため、任命権者である内閣総理大臣が長官の首をすげ替えればよいといった話もしばしばなされていた。しかし、それまでそれを実行した政権は存在していなかった。

そこで、安倍がこれを行ったとき、安倍政権が内閣法制局を屈服させ、解釈変更をさせようとしているのは明白であった。

そして、予想に違わず、2014年7月1日、安倍政権は憲法9条の解釈を変更する閣議決定を行った。

のちに人権団体やマスメディアが解釈変更に関わる情報公開請求を内閣法制局にしたところ、

内閣法制局は「記録なし」と回答した。論理の問題ではなく政治的決定であったことを伺わせるに十分である。

いまや、政府によると、自衛隊は個別的自衛権のみならず集団的自衛権も行使することができる。この新たに認められることとなった集団的自衛権については、「国際法の観点からみて、集団的自衛権の部分的行使」として説明されている。

前に述べたように、憲法9条の下、防衛法制において重要なことは、武力の行使を憲法的禁止への例外として説明しうるかかどうかである。

2014年の閣議決定及び2015年の安保法制法の問題は、いかなる事態において自衛隊が集団的自衛権を行使しうるのが一向に明らかにされなかったことにある。2015年安保法制制定の際の国会審議での安倍政権の説明は二転三転し、いったい如何なる事態を想定しているのか、明らかにならなかった。

総じて、解釈変更の理由と正当化事由は、法律学の専門家を説得するに不十分であった。反対した者の中には、幾人かの元法制局長官、多くの憲法学者、そして多数の弁護士が含まれていた。防衛法制は法的にみて不安定になっているものといえ、安定化させるためには、根本的な制度変更が必要とされているものともいえる。

B. 未来

これまでのところ、本稿は憲法9条のもとでの日本の防衛法制について扱ってきた。この最後の節においては、9条体制を破壊する別の側面について述べたい。すなわち、外部からの憲法9条規範の無効化である。

日本における駐留米軍関連法制は、いわば「法を超える」存在である。私の理解するところ、もはや合法性や憲法適合性を説明することは不可能である。

「軍の否定」という9条の論理が軍事同盟を拒否することは明白であるにもかかわらず、憲法の専門家は駐留米軍を「例外」としてみなしてきたのであった。これは、それがアメリカ軍を中心とした占

領政策の延長だからにほかならない。

この領域においては、国会審議を避けるための法技術が使われるのが常態である。たとえば、「条約」は国会承認を受けなければならないが（憲法73条3号）、「ガイドライン」はそのような承認はいらない。「日米ガイドライン」が先行的に安保政策を提示してきていることは周知の事実である。

日米の担当者の思惑が合致したから、かかる方法がとられてきたものであろう。

憲法研究者として、憲法9条が規範力をこの領域に及ぼせていないことは、まことに悲しいことである。我々が再び軍事権力の掌握に失敗しつつあるかのように見えることを否定できない。

立憲主義の観点からするに事態を悪化させることに、日本政府は積極的にアメリカ向けの「例外」領域を他の国、たとえばイギリスやオーストラリア、に拡大しつつある。これらの問題はこれまでのところ人々の関心をひいてきてはいないが、本稿が示すように、このような傾向は既存の法システムに緊張を与えるのは必然である。

将来に向けて二つの可能性を指摘しうる。

まず、防衛法制がより劇的に変化することにより、基本的な論理の拡大の極限に達する可能性がある。かかる場合、憲法改正に至ることであろう。

あるいは、安保政策の憲法適合性という論点そのものが時の経過とともに曖昧となり、人々の忘却するところとなるかもしれない。のちにこの第二次大戦後の約75年間の振り返られて、「憲法9条は徒花であった」と言われることになるかもしれない。

いずれにせよ、現在の2021年において、以下の点は明白である。

憲法9条は「軍事によらない平和」を志向する国民にとって、これまでのところ、なによりも大事なものであり続けてきた。終局的には、国民がかかる選択にこだわり続けるのかいなかという問題となる。この問題は依然として多くの国民

にとって、感情を揺さぶる問題であり、早急な解決は禁忌というべきである。

青井未帆

学習院大学専門職大学院法務研究科教授。専攻分野：憲法学。東京大学大学院法学政治学研究科修士課程修了（法学）、同博士課程単位取得満期退学。信州大学経済学部准教授、成城大学法学部准教授を経て、2011年から現職。2020年4月より1年間、オーストラリア国立大学（ANU）でVisiting Fellowとして首都特別区（ACT）人権法の研究に従事。著書に『憲法と政治』『憲法を守るのは誰か』など。共著書に『ストゥディア憲法I』『憲法学の現代的論点〔第2版〕』など。編著書に『論点日本国憲法』『改憲の何が問題か』など。